zu müssen, leuchtet ein, wenn man zugibt, daß ja auch für das gemeine Proceßrecht das Princip der Eventualität insoweit, als der Beweis für das ganze Klage- und Vertheidigungsfundament vor der Definitivsentenz instruirt seyn soll, und dennoch über die Art der Ausführung so viel Streit entstanden ist.

(Die Fortsetzung folgt in einem der nächsten Hefte.)

II.

Findet zum Beweise der Ehescheidungs-Ursachen die Eidesdelation Statt? *)

Herrn Dr. Uiblein, Privatdocenten zu Heidelberg.

Schon einmal wurde diese Frage in dem Archive [1]) zur Sprache gebracht, ohne daß dabei Rücksicht genommen worden wäre auf jene Stelle des canonischen Rechtes, worauf die verneinende Parthei ihre Behauptung stützt. Allgemein, glaubte ich, stehe jetzt die Ansicht unter den Rechtslehrern und in der Praxis fest, daß bei den Protestanten die Ursache der Ehescheidung durch den Eid bewiesen werden könne, und daß man nur bei den Katholiken wegen des Sakraments die entgegengesetzte Meinung vertheidige. Allein Herr Obergerichtsrath Hassenpflug in Kassel hat neuerlich [2]) wieder die Ansicht der ältern Praxis, nämlich, daß man sich zum

*) Die Redaction findet sich veranlaßt, zu bemerken, daß dieser Aufsatz schon im Julius 1828 in den Händen derselben sich befand, aber wegen gehäuft vorliegenden Materials nicht früher abgedruckt werden konnte. Mr.

1) II. B. 1. Hft. S. 36. Man vergleiche auch Glück Commentar XII. B. S. 272, 273 und die in not. 100 angeführte Literatur.

2) Themis, Zeitschrift für praktische Rechtswissenschaft von C. F. Elvers, I. B. 2. Hft. S. 315—325.

Beweise der Ehescheidungsursache der Eidesdelation nicht bedienen könne, als die seines Gerichtshofes nachgewiesen. Sonach würde denn auch in Ansehung der Protestanten der Eid als Beweismittel nicht gelten. So sehr ich die Ansicht des Herrn Obergerichtsrathes und seines Collegiums ehre, so kann ich doch den Gründen desselben nicht beistimmen. Ich erlaube mir deßwegen

1) die Gründe, worauf sie beruht, kurz zu prüfen, und

2) zu zeigen, daß nach dem canonischen Rechte der Eid als Beweismittel bei den Katholiken nicht ausgeschlossen ist.

1.

Herr Obergerichtsrath Hassenpflug geht von der Ansicht aus, daß nur die Stellen des canonischen Rechts, welche von einer Nichtigkeitserklärung der Ehe der Katholiken sprechen, auf die protestantische Scheidungen anwendbar seyen, weil beide gleiche Wirkungen hervorbrächten, nämlich, wenn ich den Sinn richtig verstehe [3]), weil nur die Nichtigkeitserklärung bei den Katholiken und die Scheidung bei den Protestanten eine Wiederverheirathung gestatteten. Allein will ich auch nichts davon sagen, daß es ein gefährlicher Grundsatz ist, bei der Zulassung der Beweismittel auf die Wirkungen zu sehen, welche ein darauf gebautes Urtheil für die Partheien hat, so kann ich doch nicht zugeben, daß blos die Stellen des canonischen Rechts, welche von der Nichtigsprechung der katholischen Ehen handeln, auf die protestantischen Scheidungen anwendbar seyen. Denn die Disparität leuchtet gewiß daraus ein, daß

a) bei der Annullatio gar keine Ehe vorhanden war, mithin auch keine aufgelöst werden kann, während die protestantische Scheidung gerade eine gültige Ehe voraussetzt. Wie kann aber ein Schluß von dem, was rechtlich gar nicht

3) Daß die Wirkungen beider in bürgerlicher Hinsicht sehr verschieden sind, lehrt jedes Pandekten-Compendium.

existirt, auf das gemacht werden, was rechtlich existiren muß, um das vorhandene Verhältniß zu begründen? —

b) Daß bei der Richtigsprechung beiden Theilen die Wiederverheirathung gestattet wird, bei der protestantischen Scheidung dagegen nur dem unschuldigen Theile. Eine völlige Gleichheit und Uebereinstimmung wäre daher in dieser Beziehung nur dann vorhanden, wenn beide Gatten, schon vermöge der Scheidung, eine neue Ehe einzugehen berechtigt wären.

c) Daß die Partheien bei der Richtigkeitserklärung ganz andere seyn können, als bei der Scheidung [4]).

Was nun die Stelle des canonischen Rechts, welche nach Herrn H. Aeußerung vorerst beseitigt werden muß, betrifft, so ist sie das cap. 5. X. de eo, qui cognovit. 4. 13. und heißt:

> Super eo, quod postulas edoceri, utrum conjugatus, qui ante contractum matrimonium uxoris suae consanguineam carnali commixtione cognovit, cum id fateatur uterque, et aliqua pars viciniae hoc acclamare dicatur, sit ab uxore sua judicio ecclesiae separandus: t. f. respondemus, quod propter eorum confessionem tantum vel rumorem viciniae separari non debent: cum et quandoque nonnulli inter se contra matrimonium velint colludere et ad confessionem incestus facile prositirent, si suo judicio crederent, per judicium ecclesiae concurrendum .....

Obgleich Hr. Obergerichtsrath sagt: diese Bestimmung und ihre Basis, beide bedürfen keines Commentars, der ihren Sinn erläuterte, so glaube ich doch, daß ein solcher Commentar um so nothwendiger ist, je größeres Gewicht auf diese Stelle gelegt wird. Die Decre-

4) Cap. 6. X. qui matrimonium accusare possunt 4. 18. c. 5. 7. C. 35. q. 6. cap. 3. X. de divortiis 4. 19.

tale spricht aus, daß das beiderseitige Geständniß in Ansehung einer vorhandenen Affinität zur Auflösung der Ehe, oder vielmehr zur Nichtigkeitserklärung derselben nicht genüge, wenn zu vermuthen ist, daß zwischen den Eheleuten eine Collusion Statt gefunden habe, sie sagt aber nicht, daß immer eine solche anzunehmen sei. In dem Falle also, in welchem keine Collusion zu präsummiren ist, genügt nach der Decretale das Geständniß: wo solche vermuthet wird, wäre vorerst der Beweis zu führen, daß keine Statt fand, und die Forderung des Gesetzes ist erfüllt bei gelungenem Beweise und das Geständniß allein hinreichend. Dieses scheint mir in den Worten der Decretale und ihrem Geiste zu liegen, und sonach bewiese sie gerade das Gegentheil von dem, was dadurch bewiesen werden sollte.

Auffallend aber erscheint Hrn. H. Aeußerung S. 320 in Ansehung der Vermuthungen, wo es heißt: die Verwechselung der Begriffe sei unverkennbar, indem von der Besorgniß der Collusionen unter Eheleuten, welche die Berücksichtigung eines Geständnisses verhindere, da nicht die Rede seyn könne, wo bestimmte Ereignisse genügend bewiesen worden, die auf einen wirklich begangenen Ehebruch zu schließen berechtigten. Es gewinnt demnach das Ansehen, daß der in cap. 12. X. de praesumpt. 2. 23. aufgestellten Vermuthung ein größeres Gewicht beigelegt werde, als dem Eide, und doch glaube ich, und muß es nach der Natur des Eides glauben, daß der Fall, ut testes solum cum sola, nudum cum nuda in eodem lecto jacentem, ea (ut credunt) intentione, ut eam cognosceret carnaliter, viderint, ohne geschehenen Ehebruch möglich ist und eher gedacht werden soll, als daß der Ehegatte einen falschen Eid schwöre. Die Vermuthung kann stets durch Gegenbeweis zerstört werden, während der Eid als unumstößliche Wahrheit dasteht [5]):

5) Archiv I. B. S. 32 fg. und IV. Bd. S. 296.

oder sollte vielleicht das cap. 12. cit. eine praesumptio juris et de jure enthalten? Man frage hierüber die Aerzte, welchen Fälle genug bekannt seyn werden, daß junge Eheleute in den ersten 24 Stunden das debitum conjugale nicht leisten konnten, und doch wird dadurch die praesumptio nicht aufgehoben.

Wenn nun noch die Unzulässigkeit des Eides daraus bewiesen werden will, daß das Rechtsverhältniß, auf welches der nachtheilige Einfluß eines Eingeständnisses sich äußern soll, ein der Privatwillkühr überlassenes seyn müsse, damit jenes beweisende Kraft haben könne, weil dieses Beweismittel in mehrfacher Hinsicht auf die Bewirkung eines ausdrücklichen oder fingirenden Geständnisses hinauslaufe, so muß bemerkt werden, daß das Interesse des Staates und der Kirche nicht so groß ist, daß von diesem Beweismittel kein Gebrauch gemacht werden dürfe, denn wäre dieses, so würden gewiß beide durch Gesetze ihren Willen ausgesprochen und erklärt haben, was bißher in keiner Gesetzgebung Statt fand [6].

Was die Eidesdelation selbst betrifft, so kann man im Allgemeinen mit Hn. H. einverstanden seyn, daß des Deferenten Absicht jeder Zeit darauf gehe, daß der Delat den Eid nicht ablege, weil sonst der Beweissatz als unwahr dargestellt würde. Allein wenn auch in solchen Klagen, worunter des Beklagten Ehre leidet, die Eidesdelation erlaubt ist [7], so sehe ich nicht ein, wie der Deferent immer die Nichtableistung wünschen sollte. Gerade dadurch, daß der Eid abgeleistet wird, gewinnt der Beweissatz die höchste juristische Wahrheit, z. B. wenn der Eid darüber zugeschoben wird, daß

6) Die allgemeine Gerichtsordnung für die Preuß. Staaten, 1. Th. 10. Titel §. 256, gestattet in Ehesachen die Eideszuschiebung ohne Unterschied, der Antrag mag die Fortsetzung oder Trennung der Ehe bewirken sollen.

7) G. J. F. Meister Praktische Bemerkungen 2. B. S. 17. Overbeck Meditationen 7. B. S. 365.

der eine Gatte einen vertrauten Umgang mit einer gewissen Person gehabt habe. Der Delat wird wohl in solchen Fällen den Eid nicht abschwören, und es ist auch solches durchaus nicht nothwendig, weil die Folge der Verweigerung ein fingirtes Geständniß des Beweissatzes ist.

Die Relation wird selten und fast nie Statt finden können, weil dem Delaten über facta propria der Eid angetragen wird und er de veritate, der Deferent aber de credulitate schwören kann. Sollte aber auch der Eid referirt werden, so ist der Richter befugt, dieses nicht zu gestatten [8]).

Was nun noch von Hrn. H. dahin vorgebracht wird, daß ein Beweismittel, welches in vielfacher Hinsicht nur formelle Wahrheit hervorbringe, nicht genügen könne, wenn materielle Wahrheit wenigstens erstrebt werden müsse, so glaube ich, daß es eines jeden Richters Pflicht ist, nach materieller Wahrheit zu streben, daß aber in den wenigsten Fällen solche erreicht werden kann, mithin die formelle genügen muß. Selbst der abgeschworne Eid gewährt nur formelle Wahrheit und der Deferent muß sich bei der innigsten Ueberzeugung, daß falsch geschworen wurde, beruhigen und mit der auf den Eid gebauten Sentenz zufrieden seyn. Und so würde selbst damit, daß der Eid wirklich abgeschworen werden müsse, keine materielle Wahrheit erzielt werden. Nach dieser kurzen Erörterung dessen, was Herr Hassenpflug gegen die Eidesdelation zum Beweise der Ehescheidungsursache vorgebracht hat, wäre dasselbe nicht von solchem Gewichte, daß andere Gerichtshöfe nicht den entgegengesetzten Weg einschlagen dürften.

2.

In Ansehung des Beweises der Ehescheidungsursachen bei den Katholiken lehren alle Canonisten [9]) einstimmig, daß

8) Archiv II. Bd. S. 30.

9) Z. B. *Schenkl* institut. jur. eccles. §. 766. *Riegger* institut. jurisp. eccl. tom. 2. §. 763. *Sauter* fundam. §. 777.

solcher nicht durch den Eid geliefert werden könne. Sie scheinen dabei von der unrichtigen Ansicht auszugehen, daß die Ehe wegen des Sakraments unauflösbar sei. Allein das matrimonium ratum, sed non consummatum ist gewiß ein Sakrament, und doch wird es durch professio religiosa [10]), sowie durch Dispensation des Papstes [11]) aufgelöst. Vor Augustin wurde die Ehe als auflösbar dem Bande nach betrachtet [12]). Er war der erste, welcher die in der Schrift enthaltenen Stellen, welche eine Trennung auch dem Bande nach zulassen, blos auf die separatio quoad thorum et mensam bezieht, und seit dieser Zeit ging diese Lehre in die Praxis über [13]). Hieraus entwickelte sich die Ansicht über die Unzulässigkeit des Eides, wobei man übersah, daß nicht über das Sakrament, sondern über facta der Eid deferirt werde. Um die Stellen, worauf man sich gewöhnlich beruft [14]), gehörig zu übersehen, mögen sie vorderſamst hier zusammengestellt erscheinen. Nebst dem bereits vorgekommenen cap. 5. X. de eo, qui cognovit 4. 13. beruft man sich

1) auf cap. 7. X. de sententia et re judicata 2. 27. Lator praesentium sua nobis insinuatione monstravit,

---

Brendel Handbuch §. 190. *Schmalzgruber* ad tit. de jurej. §. 2. No. 16. gestattet den Eid pro matrimonio, aber nicht contra matrimonium. Archiv 2. B. S. 37. not. 7.

10) Cap. 2. X. de convers. conjug. 3. 32. Concil. Trident. Sess. 24. can. 6.

11) *Schmalzgruber* ad tit. de divertiis §. 1. No. 45 — 48. Beispiele enthalten *Baronius* ad ann. 1074 von Gregor VII., *Antoninus* in Summa part. 3. tit. 1. cap. 21. von Martin V. und Eugen V., *Navarrus* Man. cap. 22. no. 21. von Paul III. und Pius IV.

12) C. 17. 19. 24. C. 32. q. 7.

13) C. 1 — 10. C. 32. q. 7. cap. 2. X. de divortiis 4. 19. Concilium Trident. Sess. 24. c. 7.

14) Gensler Commentar zu Martin Civilproceß-Lehrbuch §. 213. no. 11.

quod, cum quandam mulierem legitime desponsasset, et carnalis esset copula subsecuta, inter eos scandalum est subortum, cujus occasione debitum ei subtraxit. Consanguinei vero mulieris hoc molestum habentes, quaestionem moverunt, proponentes, quod mulierem invitam et renitentem, nec aetatis aptae matrimonio existentem duxisset uxorem: et quoniam idem vitam cupiebat agere dissolutam, demum utriusque studio interveniente fuerunt minus rationabiliter separati. Nolentes igitur matrimonia canonice contracta, levitate quadam dissolvi mandamus, quatenus, si vobis constiterit, eos per judicium ecclesiae non fuisse legitime separatos, ecclesiamque deceptam, ipsos faciatis sicut virum et uxorem insimul permanere.

2) Auf cap. 9. X. de restitut. in integrum 1. 41. In matrimoniali quoque causa, liberali vel criminali, cum majores judices exigant, arbiter nequit assumi.

3) Auf cap. 11. X. de transact. 1. 36. Poteris etiam ad componendum interponere partes tuas et interdum aliquid severitati detrahere, prout (statu imperii et excedentium multitudine, provida deliberatione pensatis) videris expedire: exceptis nimirum casibus, qui compositionis, seu dispensationis [15]) remedium non admittunt, utpote conjugii sacramentum, quod, cum non solum apud, Latinos et Graecos, sed etiam apud fideles et infideles existat, a severitate canonica circa illud recedere non licebit. In his vero, super quibus jus non invenitur expressum, procedas (aequitate servata) semper in humaniorem partem declinando, secundum quod personas et causas, loca et tempora videris postulare.

4) Auf cap. 34. X. de jurejurando 2. 24. Mulieri, quae in jure praestito juramento asseruit, virum talem

---

15) Andere lesen dispositionis.

in ipsam per verba de praesenti matrimonialiter consensisse, probationes alias non habenti, viro ab ejus impetitione per sententiam absoluto, non debes licentiam dare, cum alio matrimonium contrahendi, ne auctor perjurii videaris: nec hoc ei dicimus prohibendum: ne forte, si falsum juraverit, matrimonium contingat legitimum impediri: sed suae conscientiae est potius relinquenda.

Betrachtet man diese Stellen genauer, so sagt No. 1 nicht mehr und nicht weniger, als daß ein Urtheil, wodurch eine Ehe getrennt wurde, nicht in Rechtskraft übergehe, mithin zu jeder Zeit als nichtig angefochten werden könne, wenn dargethan wird, daß das Gericht durch unwahre Ehescheidungsursache hintergangen wurde [16]. Von einem Eide ist hier so wenig die Rede, wie in No. 2, welche decretale blos verbietet, daß in Ehescheidungssachen keine Schiedsrichter zulässig sind, sondern die Sache vor dem judex ordinarius verhandelt werden müsse. Um No. 3 gehörig verstehen zu können, muß man darauf zurückgehen, was die Decretale veranlaßte. Es wurde nämlich bei dem Papste angefragt, was in den Fällen zu machen sei, wo einige Griechen von Nichtbischöfen sich ordiniren lassen, Excommunicirte Messe lesen, griechische und lateinische Bischöfe in fremden Bisthümern geistliche Functionen vornehmen, Zehnten zum Nachtheile der rechtmäßigen Bischöfe erheben, griechische Laien proprio motu ihre Weiber entlassen rc. rc. Hierauf erfolgte die Antwort, daß der Richter, da über alle diese Punkte Gesetze vorhanden seien, darnach sich zu richten habe; jedoch sei es ihm auch gestattet, von der ganzen Strenge der Gesetze abzusehen und die Partheien zu vergleichen, mit Ausnahme aber der Fälle, in welchen kein Vergleich zulässig sei, z. B. bei der Ehetrennung. Daß der Eid nicht die Natur eines Vergleiches habe, ist allgemein

16) *Gonzalez-Tellez* ad h. l. Doch darüber mehr an einem andern Orte.

anerkannt [17]). Sonach bewiese diese Stelle, da sie den Eid über solche facta, welche eine Ehescheidung begründen, nicht ausschließt, gar nichts.

Eher scheint No. 4 wegen der Worte: alias probationes non habendi, die Ansicht, daß der Eid nicht zulässig sei, zu begünstigen und einige Schwierigkeit darzubieten. Allein vergleicht man diese Stelle mit c. 2. C. 33. q. 1. und cap. 5. 7. X. de frigidis 4. 15., so wird sich zeigen, welche Beweise noch fehlten, nämlich die Eideshelfer, welche schwören, daß sie glaubten, der Eid sei wahr. Die Frauensperson hat nicht in dem Rufe gestanden, daß Andere ein solches Vertrauen in ihren abgelegten Eid setzten, welchen sie bekräftigen könnten. Nach der heutigen Praxis, wornach die conjuratores wegfallen, und man zu jedem Schwörenden das Vertrauen hat oder haben soll, daß der abgeleistete Eid wahr sei, muß diese Stelle geradezu die Zulässigkeit des Eides beweisen. Will man nicht geneigt seyn, diese Interpretation anzunehmen, so kann man sich mit Recht auf diese Stelle gar nicht berufen, weil dem Papste blos die Gewissensfrage vorgelegt wird: ob eine Frauensperson, welche geschworen hat, mit einem Manne verheirathet zu seyn, aber in Ansehung des Beweises unterliegt, mit einem Andern eine Ehe eingehen könne? Da es hier nicht auf Entscheidung der Rechtsfrage ankam, welche Beweise sie vorbringen müsse, sondern blos darauf, ob sie sich wieder verheirathen dürfe, so wurde, um die Entscheidung der Gewissensfrage verstehen zu können, erstere nur so weit berührt, als zum Verstehen der letztern unumgänglich nothwendig war. Und sonach ließe sich daraus für die Rechtswissenschaft nichts schließen.

Nach Hinwegräumung der Stellen, welche beweisen

---

17) *Malblanc* doctrina de jurejurando §. 41. Gensler Handbuch des Processes S. 166. Archiv II. B. S. 31. *Hassenpflug* in Themis I. Bd. II. Hft. S. 316.

sollen, daß der Eid zum Beweise der Ehescheidungsursache nicht genüge, fragt sich, ob im canonischen Rechtsbuche nicht solche Entscheidungen gefunden werden, welche den Eid oder Beweise von geringerm Gewichte gestatten? Ich glaube vorerst eine solche gefunden zu haben in c. 3. C. 33. q. 1., wo es heißt:

> Siquis accepit uxorem et habuit eam aliquo tempore, et ipsa foemina dicit, quod nunquam coisset cum ea, et ille vir dicit, quod sic fecit, in veritate viri consistat, quia vir caput est mulieris.

Es handelt sich hier nicht blos von einer Scheidung von Tisch und Bett, sondern von der gänzlichen Auflösung der Ehe und von der Gestattung der Wiederverheirathung. Die Ehe wird nicht deßwegen aufgehoben, weil der Mann für die Aufrechthaltung derselben sich erklärt, sondern weil die Aussage des Mannes glaubwürdiger seyn soll, und zwar aus dem Grunde, quia caput est mulieris. Wenn daher die Aussagen beider Ehegatten übereingestimmt hätten, so würde die Ehe als nichtig aufgehoben worden seyn.

Damit stimmt auch überein das cap. 1. X. de frigidis 4. 15., dessen Worte so lauten:

> Accepisti mulierem et per aliquod tempus habuisti, per mensem, aut per tres aut per annum: nunc primum dixisti, te esse frigidae naturae, ita ut non potuisses coire cum illa, nec cum aliqua alia: si illa, quae uxor tua esse debuit, eadem affirmat, quae tu dicis, et probari potest per verum judicium ita esse, ut dicitis, separari potestis, ea tamen ratione, ut, si tu post aliam acceperis, reus perjurii dijudiceris: et iterum post peractam poenitentiam priora connubia reparare debebis.
>
> Illa autem, si prior post annum aut dimidium ad Episcopum aut ejus Missum proclamaverit dicens, quod non cognovisses eam, tu autem con-

trarium affirmas, tibi credendum est, eo quod caput es mulieris: quia si proclamare voluit, cur tam diu tacuit? Cito enim et in parvo tempore scire potuit, si secum coire potuisses.

Si autem statim et in novitate post mensem aut duos, ad Epiocopum aut ejus Missum proclamaverit, dicens: Volo esse mater, volo filios procreare, et ideo maritum accepi: sed vir, quem accepi, frigidae naturae est, et non potest illa facere, propter quae illum accepi: si probari potest per rectum judicium, separari potestis: et illa, si vult, nubat in Domino.

Diese Decretale enthält, wie die hier gemachten drei Absätze zeigen, drei Entscheidungen, wovon die zweite ganz mit der vorigen in c. 3. C. 33. q. 1. übereinstimmt. Wenn in dem ersten Falle, wo der Mann sich für impotent erklärt, auch noch die Uebereinstimmung der Aussage der Frau gefordert wird, so geschieht es in der Absicht, um für den Mann, wenn er der Frau überdrüßig ist, die Trennung der Ehe nicht zu erleichtern. Das verum judicium, welches nach c. 2. C. 33. q. 1. und nach cap. 5 und 7. X. de frigidis 4. 15. in dem Eide cum septima manu propinquorum besteht, ist zur Verhinderung der Collusion beider Ehegatten nothwendig. Daß aber in dem Falle, wo die Frau gleich Anfangs wegen Impotenz klagt, die Uebereinstimmung der Aussagen beider Eheleute nicht nothwendig ist, erhellet daraus, daß ja sonst die Entscheidung nichts enthielte, was nicht schon in der früheren enthalten wäre; somit würde der ganze letzte Satz überflüssig und eine bloße Wiederholung des ersten seyn. Es muß also selbst wider Willen des Mannes der Beweis der Impotenz per verum judicium geführt werden können. Dies kann geschehen durch Experte, welche das Zeugniß ablegen, mulierem adhuc virginem permanere nach cap. 7. X. de frigid. Aber wie sieht es aus,

wenn die Frau Wittwe war, ehe sie diesen Mann heirathete? Soll sie dann ewig an ihn geknüpft seyn, weil er die vollzogene eheliche Beiwohnung behauptet, während sie die Frau läugnet, indem in diesem Falle die Worte des Mannes den Vorzug haben? Daß hier auch die Eidesdelation rectum judicium seyn und darauf die Ehe aufgelöst werden müsse, gibt dem letzten obiger Sätze allein Klarheit.

Von dem cap. 5. X. de divortiis 4. 19. und dem cap. 12. X. de praesumpt. 2. 23. füge ich nichts weiter bei, da der Sinn derselben klar und deutlich ist.

Mit dieser Ansicht stimmt die Praxis der römischen Gerichtshöfe überein, von welcher ich folgende Worte [18]) hier vorausschicken muß: Varias profecto rerum circumstantias ac probationum momenta S. congregatio semper respexit in hujusmodi causis. Hinc varium, ut res postulabat, judicium dedit. Ueber die Zulässigkeit der verschiedenen Beweismittel drückt sich [19]) die Congregatio folgendermaßen aus: ut ex causa impotentiae peti valeat dissolutio conjugii, constare debet agi de matrimonio non consummato. Hinc interdum inspectiones peritorum ab initio: hinc juramenta conjugum: hinc septima manus propinquorum aut vicinorum bonae famae: hinc alia in eam rem per canones praescripta sunt, und trennt selbst eine Ehe auf bloßen Eid, indem sie [20]) sagt: probationem autem non secutae consumationis sufficientem erui contendunt ex juramento Petri, cui plene deferendum est in subjecto casu per textum in c. Extra C. 35. q. 3, cum agatur de solo praejudicio animae confitentis et aliunde haberi non possint meliores probationes, ut inquit But. in cap. Signif. No. 24 de homicid.

18) Thesaurus Resolut. S. Congregationis Concilii. Roma 1765. Tom. 34. p. 141.

19) Tom. 23. p. 43.

20) Tom. 31. p. 119.

praesertim cum Petri juramentum corroberatum sit opinione testium et infirmitate mulieris, quae verisimiliorem reddunt non secutam consummationem juxta firmata per Rotam in decis, 519. No. 7. part. 2. Recentiorum relat. post. Zacch. quaest. med. legat. decisio 38. No. 15. 16.

In Ansehung der von mir aufgestellten Interpretation des cap. 5. X. de eo, qui cognov. 4. 13., welche Ansicht ich viel früher hatte, als mir jene der Congregation bekannt war, heißt es [21]: Caeterum quod attinet ad omnino necessariam conditionem non consumationis, credendum haud esse conjugibus id affirmantibus et *communi voto* in matrimonii dissolutionem adnitentibus. Habemus cap. super eo, de eo qui cognovit, quod tamen videtur intelligendum, si huic tantum confessioni conjugum nitatur probatio: nam caeteroquin confessio ipsorum conjugum jurejurando confirmata ac etiam septima propinquorum, vel si ii desint, vicinorum manus munita approbatur in cap. 5. 7. X. de frigid. Wenn zu Rom selbst, wie obige Sentenz beweiset, auf den Eid des Mannes die Ehe aufgelöst wurde, so wird man doch in Deutschland nicht strenger seyn wollen.

Zum Schlusse will ich des französischen Rechtes nur kurz erwähnen, in welchem dieselbe Streitfrage sich wiederholt, aber meines Wissens weder vor einem französischen Appellationshofe verhandelt und entschieden, noch von einem französischen Rechtsgelehrten beantwortet wurde. Nur deutsche Schriftsteller, welche das französische Recht bearbeiteten, ge-

21) Thesaurus resolut. S. Congregat. de anno 1734. Roma 1741. p. 250. Man vergleiche noch von den zu Rom erschienenen Bänden der Resolutionen tom. 34. p. 139. tom. 38. p. 50. tom. 39. p. 80. tom. 40. p. 201. Ferner Thesaurus etc. Urbini tom. 4. p. 241. Die Einsicht aller Bände konnte ich mir nicht verschaffen.

denken derselben, wobei es freilich nicht zu verkennen ist, daß sie sich von der Ansicht der ältern Juristen, die nach dem canonischen Rechte die Eideszulässigkeit verneinten, nicht losmachen konnten, und daher ihre Meinung in das Gesetzbuch selbst hineingetragen haben [22]. Ohne Rücksicht auf das Gesetzbuch selbst zu nehmen, verwerfen manche Bearbeiter des Französischen Rechts [23]) den Eid darum, weil die Natur der Sache ein Beweismittel, dessen Statthaftigkeit von der Befugniß der Partheien zum Transigiren und von der Möglichkeit, sich durch Einräumungen zu präjudiciren, abhängt, bei Gegenständen verwirft, über welche keine Verabredungen der Partheien etwas bestimmen, und keine Einräumungen entscheidend seyn könnten. Ohne etwas weiteres hier anführen und das schon oft Gesagte wiederholen zu wollen, beziehe ich mich lediglich auf Note 17. Lassaulx, dem die deutsche Jurisprudenz gewiß nicht fremd war, gestattet [24]) außer den Zeugen nur zwei Beweismittel, welche dem Gerichte ohne weitere Untersuchung die Ueberzeugung vom Gruude der Klage gewähren könnten, nämlich schriftliche, von dem Beklagten anerkannte (weil sonst eine Verification der Handschrift dem Endurtheil vorhergehen müßte) Beweisstücke, oder das Geständniß des Beklagten, jedoch räumt er dem letztern nicht eine solche Kraft ein, daß auf dasselbe allein ein Urtheil gegründet werden könnte. Dadurch wird der Beweis durch Eid indirecte ausgeschlossen.

Am vollständigsten und Umfassendsten beantwortet der Präsident des königl. Appellationshofes zu Celle, Hr. Strom-

---

22) Brinkmann, über den Werth des bürgerlichen Gesetzbuches der Franzosen rc. S. 102.

23) Grolman ausführliches Handbuch über den Code Napoleon III. B. S. 167. Zachariä Handbuch des französischen Civilrechts 3te Aufl. IV. B. S. 418.

24) Commentar 2. Th. S. 85. no. 4. verglichen mit S. 80. no. 11.

beck [25]), diese Frage und verneint sie. Die Gründe, zergliedert und einzeln betrachtet, sind folgende:

1) Das Gesetz erlaube nur dann die Ehescheidung wegen bestimmter Ursachen, wenn diese Ursachen bewiesen seyen.

Der art. 247 des Civilgesetzbuches verordnet: »hält das Gericht die Ehescheidungsklage zum endlichen Spruche reif, so entscheidet es über die Klage: im entgegengesetzten Falle läßt es den Kläger zum Beweise der von ihm angeführten erheblichen Thatsachen und den Beklagten zum Gegenbeweise zu.« Das Gesetz fordert also blos den Beweis der Thatsachen, läßt aber ganz unbestimmt, durch welche Beweismittel derselbe erbracht werden könne. Wenn daher nichts weiter verordnet wäre, so müßte man schon um deßwillen den Eid zulassen, weil die meisten Handlungen, welche einer Ehescheidung zum Grunde liegen, von der Art sind, daß sie in Dunkel gehüllt und ohne Zuziehung von Zeugen begangen werden und mithin ohne den Eid an die Möglichkeit eines vollen Beweises fast nicht gedacht werden kann, wobei ich nicht in Abrede stelle, daß die Schwere des Beweises von dessen Uebernahme nicht befreiet. Allein in Uebereinstimmung mit dem römischen Rechte [26]) verordnen die art. 1358. 1359. 1360: »der Entscheidungseid kann über jede Gattung von Streitigkeiten zugeschoben werden: er kann blos einer Parthei über eine ihr persönliche Thatsache zugeschoben werden: er kann in jeder Lage des Streites zugeschoben werden, obgleich kein Beweisanfang der Klage oder der Einrede, worüber

25) Rechtswissenschaft des Gesetzbuchs Napoleons und der übrigen bürgerlichen Gesetzgebung des Königreichs Westphalen, oder Sammlung von Entscheidungen des königl. Appellationshofes zu Celle und Abhandlungen über die entschiedenen und andern Rechtsfragen 1. Hft. S. 86—95. Dieser Meinung pflichtet auch bei Bauer, Lehrbuch des Napoleonischen Civilrechtes 2te Aufl. S. 196. not. *d*.

26) L. 3. §. 1. D. de jurejurando 12. 2. l. 25. §. 3. D. de probat. 22. 3.

er verlangt wird, vorhanden ist.« Verbindet man diese art. mit art. 247, so wird der Eid allerdings als zulässig erscheinen da er wie Spangenberg [27]) sagt, nicht sowohl ein Beweismittel, sondern vielmehr ein allgemeines, überall zu gebrauchendes Mittel, die Wahrheit zu erforschen, ist, und im Gesetzbuche kein Unterschied gemacht wird.

2) Selbst Eingeständnisse, sonst der beste Beweis, seien nicht hinlänglich. Daß Geständnisse allein zur Begründung einer Ehescheidung nicht hinreichen, hat seinen guten Grund darin, weil es sonst sehr leicht wäre, durch einen simulirten Proceß über erdichtete Handlungen die Verfügungen, welche freiwillige Scheidungen verbieten, ganz zu umgehen, aber sie können doch zur Ergänzung des Beweises dienen, und müssen vorzüglich dann berücksichtigt werden, wenn die Umstände jede Vermuthung einer Collusion ausschließen [28]).

3) Die Ursache dieser Gesetzgebung liege darin, daß der Staat ein Interesse habe, leichtsinnige und freiwillige Ehetrennungen zu verhindern.

Die Ehe, ich gestehe es, ist eine Verbindung, welche der besondern Aufsicht des Staates untergeordnet, die also nicht einseitig und willkührlich von beiden Ehegatten, sondern aus Gründen und mit Zuziehung der Obrigkeit nur aufgehoben werden soll. Aber von einer leichtsinnigen Trennung kann da nicht die Rede seyn, wo der beweisführende Theil den Beweis liefert, welcher von der Gesetzgebung gefordert wird.

4) Der Beweis, welcher dem Kläger obliege, werde daher nicht nur gegen den Beklagten, sondern auch gegen das öffentliche Ministerium geführt, welches gewissermaßen als Mitbeklagter (défendeur joint) auftrete. Die Partheien

---

27) Commentar über den Code Napoleon, 1 Th. S. 288. §. 249. not. 1. Zweifelhaft ist Dabelow Commentar 1. Th. S. 211.

28) *Bavoux* et *Loisau* Jurisprudence du Code Napol. Paris an XIV. p. 351.

könnten also, da sie nicht allein domini litis seyen, nicht solche Handlungen vornehmen (insofern ihnen das Gesetz nicht die besondere Erlaubniß ertheile), wodurch der Proceß verloren gehen könnte. Eine Ablehnung oder Zurückschiebung des zugeschobenen Eides würde aber eine solche Handlung seyn.

Wenn das öffentliche Ministerium die Stelle eines Mitbeklagten einnähme, so müßte ihm auch das Recht zustehen, gegen Erkenntnisse, welche gegen die Gesetze die Ehescheidung zulassen, die Appellation zu ergreifen, im Falle die Partheien solches unterlassen, und doch wird diese Befugniß nach französischem Rechte [29]) ihm nicht zugesprochen. Die Theilnahme als Parthei muß daher eben nicht sehr groß seyn. Aus dem übrigen Vorgebrachten erhellet, daß der Eid lediglich als Vergleich betrachtet wird, worüber oben not. 17 nachzusehen ist. In Ansehung der Relation vergleiche man not. 8 und art. 1362 des französischen Gesetzbuches.

5) Das Gesetz wolle nicht, daß bloße Eingeständnisse etwas beweisen, was wäre aber der verweigerte Eid anders, als ein Eingeständniß?

Daß der verweigerte Eid etwas anders ist, als bloßes Eingeständniß, wird jedermann, der die Lehre des Processes kennt, mir zu beweisen erlassen.

Nach dieser kurzen Beleuchtung glaube ich allerdings behaupten zu dürfen, daß sowohl nach dem gemeinen Rechte in Deutschland, als nach dem französischen Rechte die Eidesdelation zum Beweise der Ehescheidungsursache Statt findet.

---

29) Strombeck Rechtswissenschaft 2. Hft. S. 395 u. fg. Anders nach Westphälischen Gesetzen, ebendaselbst S. 400 u. fg.